

# 刑事責任の本質（一）

―法存在論からのスケッチとして―

宗岡嗣郎

## 目次

- 一 はじめに
- 二 観念に要請された規範と責任
- 三 事実に基礎づけられた規範と責任
- 四 規範的判断と他行為可能性（以上本号）
- 五 規範的責任と非難の構造（以下次号）
- 六 規範の社会倫理的本質と刑事責任
- 七 結びにかえて

## 一 はじめに

刑事責任 (strafrechtliche Schuld) とは何か。もし、こう問われたとき、それにどう答えるか。これはきわめて困難な問題であり、もちろん私には、これに十二分に答える力はない。しかし、それにもかかわらず、本稿の表題は

説 論

「刑事責任の本質」であり、本稿の課題は「刑事責任の本質」の考察である。本稿によって「刑事責任の本質」があまりにも明らかになるわけではないけれども、刑事責任の本質を考察するための道筋を示し、少なくとも、その内実の一端にはふれておきたい。そう思って本稿を起草した。

さて、刑事責任に限ることではないが、その本質を明確にしえないけれども、その概念を使って、学問的に考察することは可能である。たとえば、物理学者は「時間」や「空間」という概念を使って物理学的な考察をするが、彼らは時間や空間の本質を明確にしているわけでは全然ない。刑事責任を考察する場合にも同じことがあてはまるだろうか。刑事責任という言葉は、刑法学において、学問的な使用に耐える程度に、十分に概念化された内容をもっている。したがって、刑法学者は、ことさらに刑事責任の本質について掘り下げた考察をすることなく、それを括弧の中に入れた上で、刑事責任に関する個別的な問題について発言することができる。そのように考える論者は少なくないだろう。

たしかに、どの学問分野においても、ある特定のパラダイムが確立されているのであれば、その中の個別的な問題点の考察において、パラダイムにかかわる根源的な論点はあらわれない。パラダイムの内部で定義づけられた諸概念があらわれるだけである。先にふれた物理学では、時間や空間が精密な概念として成り立ち、それを物理学者が自由に使用している。これは、物理学のパラダイムが、質量をもちながら大きさのない「質点」という途方もない虚構を要請していることと無関係ではない。この「要請 (das Postulat)」については、以下の叙述の中で具体的な意味があらわになるだろう。ここで確認すべきことは、要請する（される）ものとして、ただそのパラダイムにおいてのみ、物理学者が時間や空間という言葉を使っているということだけである。

したがって、もし刑事責任について確立されたパラダイムがあれば、刑事責任の本質論をさしあたり括弧に入れる

ことは可能であろう。刑事責任の本質論にふれることなく、具体的な事案ごとに、たとえば故意や過失の成否を問うことができる。ところが、刑法学者であれば、誰もが、そのような刑事責任論のパラダイムはないことを知っている。だからこそ故意や過失の概念構成に対立が生じる。ただし、同時に、刑事責任論が文字どおりの混沌の中にあるわけではないということも知っているはずである。刑事責任論にもパラダイムのごときものはある。それが規範的責任論の枠組である。

規範的責任論は、周知のとおり、二〇世紀初頭にあらわれ、ラインハルト・フランクらによって基礎づけられた<sup>(1)</sup>。それによれば、刑事責任の基礎は「非難」であり、その非難を基礎づけるのは「他行為可能性」である。ある違法行為がおこなわれたとき、違法な結果の存在を前提にして、「そうすべきでなかった」といえるかどうか非難の成否を決める。具体的な事実関係において、「そうする以外になかった」のであれば、つまり「他行為可能性がなかった」のであれば、誰も行為者を非難しない。ここにはあきらかに倫理学によって形成されてきた責任 (die Verantwortung) の影響がある。そのことは規範的責任論が時に「規範的—倫理的責任論 (normative-ethische Schuldlehre)」と呼ばれていたことからうかがえる。フォイエルバッハ以降の法と倫理の峻別論によって、刑法学の中で、倫理学とほとんど没交渉で形成されてきた「心理的責任論」の枠組がくずれたのであった<sup>(2)</sup>。

刑事責任を考察する場合、多くの刑法学者が指摘するように、いわゆる「規範的責任論」の生成が学説史上の転回点になっている。たしかに、規範的責任論があらわれる以前と以後をみれば、刑事責任に対する考え方に相当の相違がある。エーベルハルト・シュミットによれば、一九世紀から二〇世紀の初頭にかけて、責任論は純粹な心理主義に立脚していた<sup>(3)</sup>。責任は、ある特定のあり方をする意思 (das Wollen) の中に、つまり、ある心理的事実、の中にあると考えられた。しかし、フランクが「責任とは非難可能性である」と喝破したとき<sup>(4)</sup>、刑事責任の本質的要素として

浮上してきたのは、ある種の反価値判断（das Unwerturteil）であった。責任は、心理的な事実の記述につきるのではなく、それに関する価値判断を核心とするのであり、それ故、判断基準としての規範とのかかわりにおいて捉えられたのである。

責任はただ規範との関係においてのみ成り立つ。今は「規範」の内容についてふれることなく述べるのであるが、私は、圧倒的に多数の刑法学者とともに、他行為可能性に基礎づけられた「非難」との関連で刑事責任を考える規範的責任論の論理構造を支持する。そのことを表明した上で、以下、どのような場合に「そうすべきでなかった」といえるのか、規範的責任論の核心的な部分を具体的に考察してみたい。

## 二 観念に要請された規範と責任

先にふれたように、規範的責任論として展開される刑法上の責任論（die Schuldlehre）に大きな影響を与えたのは、倫理学上の責任論（die Verantwortungslehre）であった。<sup>(5)</sup>そこで、まず、フランクの記念碑的論稿に先立って、規範的責任論の論理構造をあきらかにしたヴィルヘルム・ヴィンデルバンドの責任論を少し詳しく参照しておこう。<sup>(6)</sup>ヴィンデルバンドにとっても、当時の倫理学の一般的な見解と同様、責任は非難であり、非難としての責任は、他行為可能性があつた場合にのみありうる。「ある人間が行つたことに対して、その者に責任を問えるのは、『彼は別様にも行動しえたはずである』と考えられうるかぎりにおいて」である、と。<sup>(7)</sup>

ところで、具体的な行為者の他行為可能性を問うとき、それは、彼以外の人間であれば別様に行動したであろうということから判断する以外にないのだろうか。後述するように、ここには困難な問題が隠されているが、ともあれ、

ヴィンデルバンドはそう考えた。つまり、「具体的な状態にある個別具体的な人間」ではなく、人間一般という「類概念」を判断基準として持ち出してくる。カントの経験界と叡智界の区別を下敷きにして、具体的な行為者という「経験的な (empirisch)」人間ではなく、「叡智的な (intelligibel)」人間が想定されたのである。<sup>(8)</sup> ヴィンデルバンドによれば、責任の基礎となる自由は「叡智的自由」であり、そのような自由とともに、「彼の心情において、また彼の行動において、普遍的に妥当する規範を実現するために呼び出された人格」こそが責任の主体であった。こうして「彼は別様にあり、え、たはずだ」という陳述に替わって、彼は別様にあり、べきであったという陳述があらわれる」(原文ゲシュペルト)のである。<sup>(9)</sup>

ヴィンデルバンドの新カント主義的な枠組は、経験界を語るときの徹底した実証主義への依拠と、それとは正反対に、ほとんど何も付け加えられることのないカント的叡智界のほぼ無条件の承認である。<sup>(10)</sup> 責任は経験界に存在する、その者に問われるのであるが、経験界では、実証主義的な世界像が前提となるかぎり、その者は「所与の状態において、必然的に、そうであったように行動せざるをえなかった」のである。したがって、他行為可能性が責任判断の有効な基準となりうるためには、まずは経験界から叡智界に飛躍して、叡智的な人間を持ち出す以外にない。こうして現実的な人間が叡智的な人間にすり替えられる。規範的な評価の対象は叡智的な人間であり、そこで、その者(叡智的な人間)に他行為可能性が認められたならば、次に一転して経験界に降下し、その者(経験的な人間)に責任が認められることになる。したがって、その責任に応じた「報い (die Vergeltung)」の帰属に関しては、当然のようにして、「報い」は各此的に存在する、その者(経験的な人間)に向かって「跳ね返ってくる (zurückfallen)」のである。<sup>(11)</sup>

このように、ヴィンデルバンドの責任論をみれば、「経験界から叡智界への飛躍」と「叡智界から経験界への降下」という観念論的二元論の特徴的構造が明らかにみられる。「存在と当為」あるいは「事実と規範」の二元論である。

したがって、規範との関連で責任が問題になるとき、もしヴィンデルバンドの論理を承認するのであれば、責任の客体である現実の行為とその効果である現実の報い<sup>レ</sup>とを繋ぐ紐帯が、経験的現実ではなく、観念の中にあることについて、しかるべき批判的な考察が是非とも必要であろう。しかし、それこそ観念的な二元論の論理であると居直ってしまえばそれまでのことながら、ヴィンデルバンドに、その点の考察はない。

新カント主義的二元論が前提になれば、ヴィンデルバンドがそうしたように、人間一般という「類概念」を責任判断の基準とすることができる。そして、責任判断の核心部分が観念の中に移行することによって、「別様にあるべきであった」とか「そうすべきでなかった」という規範的判断に対して、「通常の行為事情」における「通常人」という一種の観念的な基準を提示することができたのである。犯罪行為があった場合、その行為事情において、通常人であれば「そうしなかったはずだ」といえるとき、行為者に対しても「そうすべきでなかった」という判断が可能となり、「そうすべきではなかった」のに「そうした」ことに対して非難が成り立つ。こうして、責任を非難とし、行為に付随する事情の「通常性」を責任の重要なファクターとする規範的責任論の論理が整ったのである。

以上のようなヴィンデルバンドの二元論的な責任論の構造をみれば、ヴィンデルバンドの責任論は、あきらかにフランク以後の規範的責任論のモデルになっていることがわかるだろう。実際、この当時ヴィンデルバンドの影響の下にあったハインリッヒ・リッケルトあるいはエミール・ラスクまでを含めた新カント主義哲学（いわゆる「西南学派」）はドイツ刑法学に大きな影響を与えており、責任論における成果も多大なものであった。たとえば期待可能性の理論の深化と発展だけに注目しても、規範的責任論の成果は自明である。「心理的責任論から規範的責任論へ」という責任論の流れはまぎれもなく二〇世紀初頭のドイツ刑法学の金字塔であった。私はその学説史的な意義を過少評価するものではない。ただし、その意義を正確に表示すれば、あくまでも、それは心理的責任論との相対評価の上での意義

である。規範論の論理そのものをみれば、当時の規範的責任論には、觀念論に由来する決定的な問題があったといふべきであるし、そのことにつき自覚すらなかったといふべきであろう。

規範の性格に絞って具体的に考察しよう。ヴィンデルバンドのような二元論がベースになれば、規範と事実が切り離されるので、規範論は事実的基盤を失ってしまう。そして、規範が事実<sup>に</sup>基礎<sup>されて</sup>いないのであれば、規範の内容は主観化せざるをえなくなる。それは、率直にいつて、規範的判断をする判断者の頭の中にしかない。仮に、「そうすべきでなかった」という規範的判断があったとして、そこに、一体どのような内容を与えることができるだろうかを考えてみればよい。規範的判断は「当為<sup>(べき)</sup>」の法則<sup>」すなわち</sup>「規範」を前提にしてはじめて成り立つのであるが、規範が事実と切り離されているのであれば、結局、それは「そうしてほしくなかった」という判断者の願望がその内容になりうる。少なくとも、そうなりうるのである。実際、法的な判断における当為の内容は、国家が国民に対してもつ「願望」と同じものになった。国家が望むとき、国家は、それが規範だと宣言すればよい。法規範の本質は、よくいえば「国家意思」、悪くいえば「国家的恣意」あるいは「国家的イデオロギー」そのものになり、規範を国民に対する国家の命令とみる古くからの「命令説」の論理とも完全に調和して、行為者の心情を重視する主観主義的な責任論に帰着してしまったのである<sup>(13)</sup>。

このような規範理解は、文化規範説(エム・エ・マイヤー)に代表されるように多様な学説を生み出したが、端的にいつて、まことに無内容なものである。その下では、規範的責任論の実質はほぼ純粋な「意思責任」となり、たとえばヤーメス・ゴルトシュミットのように、責任はある具体的な行為事情のもとでの「あるべきでない意思(nicht-sein-sollendes Wollen)」だといふことになる。命令説の論理を前面に出すとすれば、命令規範にもとづく「義務違反的意思(pflichtwidriges Wollen)」だとする見解につながる<sup>(14)</sup>。ゴルトシュミットは、「あるべきでないこ

と」を意思することではなく、また「義務に反したこと」を意思することでもなく、あくまでも「あるべきでない意思」あるいは「義務に反した意思」を問題にするが、「あるべきでない」が「国家が望まない」と同義になりうるところでは、責任判断の実質において、両者の相違はほとんどない。このことは、近代派のエーベルハルト・シュミットや木村亀二らがはつきりと「規範的責任論」を主張したことからも容易に了解されよう。<sup>(15)</sup> たとえ、自然主義的な因果的行為論を前提に、意思責任は行為責任にはかならないと強調してみても、行為に対する反価値判断の妥当性は意思に対する反価値判断の妥当性を保障するだけであって、責任論の構造からみれば、心理的責任論の構造と重なるし、さらには近代派の社会的責任の論理とも矛盾なく調和しうるのである。

こうして、ヴィンデルバンドによって基礎づけられた二元論をモデルにした規範的責任論は、一部分は心理的責任論の構造と重なり、また一部分は近代派の社会的責任論と同じ帰結を導き、さらに一部分は犯罪の本質を悪しき犯罪的意思に求めるモラリストたちの要請をも充たした。規範的責任論は、「意思」という心情的な要素をことさらに強調し（意思責任）、主観主義的色彩の濃い当時の刑法学に広範囲な支持を得たのである。

### 三 事実に基づけられた規範と責任

二〇世紀初頭の規範的責任論は、以上の概観のように、その「規範的」という名称にもかかわらず、「規範」の実質的な意味について内容のある考察はおこなわれていない。ヴィンデルバンドに即していえば、責任を規範的に基礎づけることは、実証的に把握しなければならない経験界から責任論を切り離して、責任論の事実的基盤を捨象し、主観主義的なモラリズムの枠組の中で自己完結することだけを目指していたとすらいえよう。まさしく経験界と叡智界



の二元論が「要請された」のであり、その中で、カントの主観主義的な規範論が継承された。そして、多くの法律家も、さすがに「道徳法則」という言葉をつかわなかったにせよ、思考モデルとしては、ヴィンデルバンドのそれを一歩も出ることにはなかったのである。

これに対して、よく知られているように、マックス・ウェーバーは一九世紀から二〇世紀初頭の倫理学にみられる強度の主観主義的な傾向性を「心情倫理 (die Gesinnungsethik)」と呼び、それに対して「責任倫理 (die Verantwortungsethik)」という考え方を対置したのであった。<sup>(16)</sup> とりわけ、政治にかかわる倫理の考察において、倫理はもつと行動の結果に配慮すべきであると強調した。ウェーバーは、倫理の結果的基盤 (die Folgenbasierung) に注目し、責任倫理では、ある行動がどれほど純粋な心情から流れ出たのかということではなく、その行動の結果や効果を問題にすべきだという。ある行動の倫理的意思是、行動の手段や結果の冷静な計算 (die Kalkulation) によって、充分に根拠づけられ、理性的に予見された結果の価値であるとか、価値実現のチャンスなどをも考慮して決まるという趣旨であった。<sup>(17)</sup>

このウェーバーの指摘はきわめて魅力的である。とりわけ、倫理を道徳主義 (モラリズム) から解き放つ点において、そうである。さらに、規範論としても、「事実と規範」の二元論を掘り崩す萌芽を内包している点において、それは注目に値する。すでに概観したことであるが、叡智界を要請する二元論のパラダイムの下では、「あるべきでない」という判断の根拠が叡智界において認められるならば、「君の意思はそうあるべきではなかった」という規範的判断が成り立つ (ゴルトシュミット)。しかし、二元論をベースにした心情主義的な規範的責任論の地平から、「そうあるべきでない」と判断された意思の故に、刑事責任が認定されるとき、責任を問われる側からみれば、なぜ「そうあるべきでない」と認定しうるのだろうかという反問を抑えることができないだろう。人間は、徹頭徹尾、この経験

的な生活世界の中に「放り出されたもの（Dasein）」として生きている。したがって、人間は、他者の責任を問うにしろ、自己の責任を引き受けるにしろ、あくまでも責任にかかわる判断の根拠をこの経験的な世界に求めるからである。

人間がこのような現実志向性をもって「ある」ことは、反省的な考察視点から理論的に証明できることではない。しかし、人間は、誰でも、さまざまな事柄に責任を負っていることをはっきり自覚している。しかも、それらの事柄は、ことごとく、私たちが生きる経験的な生活世界において「これ、または、それ」と各此的に特定できる事柄である。私たちは、そのような事柄に対してのみ、この生活世界の中で、自らに責任を負わせ、他者の責任を問い糺す。これは、責任について考察するときに、忘れてはならない「人間のあり方」の根本的な事実である。

私たちが生きる世界は、唯一、この生活世界だけである。この経験的な生活世界は私たちの生活そのものを抱み込んである。この生活世界の「ない」ところに、私たちの生活はない。したがって、生活世界が人為的な変更をこうむるとき、その程度に応じて、私たちの生活は激変する可能性がある。当然、私たちは、生活世界の変更を人為的に惹き起こした者に、それが誰であれ、責任を問わずにはいない。そのとき私たちは叡智界のことを想いもしないだろう。叡智界という観念的な想定がありうるのは、生活世界が永遠の所与であるという樂觀があればこそそのことであり、その樂觀を前提として、思弁を好む哲学者が知的遊戯として提示したもの、それが叡智界である。

ウェーバーが心情倫理と責任倫理という一対の枠組を提示したとき、ウェーバーらが生きていた生活世界は所与として磐石であり、このような知的遊戯をすることも可能であった。ウェーバーの同時代人は、本質的にフランス・ペーコンの同時代人と変わることなく、生活世界を永遠の所与と確信していた。カール・マルクスの天才をもつてすら、かの唯物史観の公式を提示したとき、生産力は無限に上昇しうることを前提としていた。自然は無限の可能性を

もつと信じられ、さればこそ、無邪氣に世界を征服の対象とみることでできたのである。しかし、ウェーバーが責任倫理を提示してからわずか半世紀後に、私たちの生活世界は、きわめて傷つきやすく、しかも回復しがたい一回的な世界であり、永遠の所与ではありえないことが歴然として判明した。また、すでに、私たちは生活世界を壊滅的に破壊しうる技術を手にしてしまった。そして、その現実の故に、未来の世代に対して、この生活世界を手渡していく責任があると自覚されたのである。その責任は、いかなる点でも、叡智界とのかかわりはない。それはこの生活世界に完結する責任である。私たちは、自らがその責任を負っているという自覚において、この現実の生活世界に完結する責任の論理（責任論）があることを知っている。誰もが、すでに、そのことを知っているはずである。

私たちはこういう状況の下で生きている。そうであればこそ、ハンス・ヨナスが一九七九年に大著『責任という原理』を著わしたとき、彼は、叡智界を要請すること自体が「最大級のばかばかしさの实例」だと断言することができた<sup>(18)</sup>。しかし、この「ばかばかしさ」は、アカデミズムにおいて依然として堅固な支持基盤をもっている。さすがに経験界と叡智界の二元論をそのままの形で説く者は少ないけれども、「存在と当為」あるいは「事実と規範」を区別するドグマは生きている。わが国の法哲学では、むしろ、そのドグマの信奉者は主流派であろう。公法学や民刑事法学においても、まったく事情は変わらない。「規範（べき）」は「事実（ある）」に還元しえないと考えられており、それを峻別しなければ、「自然主義ファラシー」というレッテルが貼り付けられることになる。ヨーロッパでは、この種の二元論の退潮は顕著であるが、しかし、ヨナスですら、存在と当為の二元論が「われわれの時代のきわめて強固なドグマ」であると述べ、存在と当為の「裂け目に橋渡しをする」ために相当の紙幅を割いている<sup>(19)</sup>。もともと、本稿の文脈でヨナスを参照するとき、彼のテーマは、個人が個別的な行為に対して負う責任ではなかったこと、それ故、その大著の大部分は刑事責任論に直接あてはまるものではないことに注意すべきである。しかし、存在と当為の「橋

渡し」が個別的行為への責任を包含した責任の本質論にかかわるものである以上、彼の責任論は個別的な行為責任と無関係ではありえないだろう。

さて、ヨナスによれば、責任論の第一歩は、人間が存在しているという現実である。ともかくにも、今、ここに、人間がある（Da-Sein）。ヨナスは、正当にも、ここからすべてを考えようとする。だから、何度も、ヨナスは人間の誕生に注意を喚起する。子どもが生まれること―親が子どもを産むこと。このことほど端的に、「現存在（Dasein）」という人間のあり方を開示する現実はないと、私も思う<sup>(20)</sup>。人間は、誕生において、その瞬間、この生活世界に「放り出される」が、その際、親をはじめとした他者からの補完がなければ、誰でも数十時間でその短い生を終える。このことに一つの例外もない。したがって、人間が「ある」という現実、その者が他者からの補完を受けてきたという現実そのものを実証している。人間は一人の例外もなく他者から補完を受けて「今・ここに・ある」。そして、人間は、その現実を対象化的に意識しているにせよ意識していないにせよ、現存在という現実において、そのことを知っている。

ヨナスはいう。子どもは「あれこれ世話をし保護し続けてやらないと」生を維持しえない。「生殖という生物学的事実によって与えられた自立していかない後継者とのこうした関係が、そもそも責任という観念の起源なのである」<sup>(21)</sup>、と。子どもの生は他者依存的であり、子どもに対して、親は絶対的な創始者としての関係をとりもつ。ヨナスによれば、この関係の中で、親は、「親の役割を果たす完全に有効な資格」が与えられ、「親としての義務」が課せられる<sup>(22)</sup>。義務はこの生活世界のものとしてあり、この生活世界の事実関係から生まれ、そこに正当性の根拠をもつ。なるほど、私たちの経験では、義務は義務意識をともなっており、そこから、心情倫理学は主観主義的な義務論を展開した。しかし、ヨナスのいうとおり、義務はどこまでも生活世界の現実とともにあるのであり、義務意識は、こうしてあらわ

れた「義務」という客観的関係を対象化的に捉えたところに成り立つ二次的な現実にすぎない。規範的な義務はこの世界の事実関係に規定されており、かつ、それがすべてである。事実と規範はまったく分断されていない。私たちは、ヨナスから、このことを教えられるのである。

ヨナスの論理は、このように心情倫理的な「義務論 (deontologische Ethik)」の対極にあり、目的論的な倫理学 (teleologische Ethik) の流れに属する。そのことはあきらかであろう。実存の保証がその「目的」である。そして、無条件に、規範はその目的の実現を命じる。人間は、現実の生活世界の中で、この目的が最大限に保証されるように、自らの行動をコントロールしなければならぬ。<sup>(23)</sup> だから人は「そうすべき」であり、また人は「そうあるべき」であるといえる。つまり、「そうあるべきでない」という規範的な判断は、この目的が現実の中に実現していないこと、あるいは、この目的が現実の中で侵害されているという事実そのものを指している。ここでは、責任が認められる前提として、いかなる思考枠組の「要請」も不要であることが確認できるだろう。

#### 四 規範的判断と他行為可能性

責任はただ規範との関連においてのみありうる。したがって規範的責任論の構想は正しい。このことは、確実にいえるし、法学者も倫理学者も、ほぼ一致して認めてもいる。しかし、規範的責任の内容に入れば、事実と規範の関係をどうみるかにより、規範的責任の判断構造が異なる。したがって規範的責任の内容もまったく異なったものとなる。私は、まず、両者を分断され峻別された関係とみる二元論的な規範理解の問題点をあきらかにした。<sup>(24)</sup> それは、この世界の事柄につき、この世界の人間に、この世界での責任を問うとき、なぜ、この世界に貫徹する論理に依拠しえない

のかという疑問であつた。そこで、次に、ヨナスを参照しながら、事実と規範を一元的に捉える規範理解を概観し、あくまでも現実の生活世界の中で規範的な判断がありうる可能性を確認した。

ところが、一元的な規範論がありうる可能性を確認しただけでは、まだ、規範的な責任が現実の生活世界において基礎づけられたとはいえない。それは規範的責任の實在論的な可能性について何事をも語っていないからである。たとえば、経験界に視点を置くかぎり、人間は「所与の状態において、そうであつたように行動せざるをえなかつた」としかいえないのであれば、この生活世界の中に規範的責任を基礎づけることは依然として不可能だからである。人間は「別様にありうる」のか。彼が現にそ、う、で、あ、つ、た、よ、う、な「あり方」以外の「あり方」は、彼にとって、あ、り、え、た、の、か、ま、た、あ、り、う、る、の、か、。この他行為可能性の問題が肯定的に答えられたとき、はじめて、現実の生活世界に生きる具体的な人間に対して、規範的な責任を考察する前提が整う。これに対して、もし否定的な答えしかありえないのであれば、二元論の論理が再び要請されることになるだろう。

ただし、ここでいう「二元論の論理」は、これまで考察した「事実と規範」の二元論だけではない。たとえ「事実と規範」を統一的に捉えたとしても、行為者本人に即して他行為可能性を判断するのであれば、それは常に否定されざるをえないという考え方があり、そこから、他行為可能性の判断基準を「一般人」や「通常人」に求めるとすれば、「事実と規範」の二元論に対するのと同じ批判を提起しなければならないだろう。叡智的人間に基準を求めることも、経験的な一般人に基準を求めることも、現実の責任主体である行為者本人を基準としない点で、同じ二元論に固有の誤りをおかしている。たとえば、このことと関連して、平野龍一は「すべてを理解することはすべてを許すことだ」という<sup>(25)</sup>。しかし、行為者本人を基準とすれば、本当に他行為可能性はなくなるのだろうか。再考すべき問題であろう。もし、平野の指摘が、行為者の「すべてを理解すること」と「責任を問うこと」の論理的な矛盾関係を指しているの

だとすれば、容認しうる見解ではない。国家が国民に刑事責任を問うとき、行為者の「すべてを理解すること」なしに「責任を問うこと」は、国家刑罰権の正当な行使とはいえない。責任は、どこまでも責任主体である行為者本人を基準とした、彼にとつての責任として考察すべきである。

以上のような問題には、周知のとおり、直接的にせよ間接的にせよ、意思自由の問題が隠されている。しかし、行動の原因を意思に求める因果的行為論をそのまま採用するのであればともかく、行動の自由と意思の自由は同じものではない。両者に密接な関係があるとしても、両者は区別しうるので、私も、意思自由の問題に深入りすることなく、<sup>(26)</sup>もっぱら他行為可能性に論点を絞って考察を続けよう。その核心は、第一に、他行為可能性はどのようなものとしてありうるのか、第二に、行為者本人を基準とした他行為可能性の判断はどのようなものとしてありうるのか、この二点であろう。

さて、「事実と規範」の二元論の論理を否定しながら、なおかつ、行為者本人を基準として、右の二点について責任論の内容を論述した法学者はいないと思う。<sup>(28)</sup>しかし、哲学の領域に目を転じれば、ハンス・ヨナスの責任論に大きな影響を与えたマルチン・ハイデガーの『存在と時間』に、巨大な先行業績をみいだすことができる。<sup>(29)</sup>ハイデガーは、良心論を展開する中で、この現実世界に生きる具体的な個々人が可能性をもった存在者であり、それ故、個々人が「別様にありえた」し「別様にありうる」ことをあきらかにした。つまり、ハイデガーは、人間存在の「あり方」から、責任の存在構造を詳述したのであった。それでは、一体、人間はどのような「あり方」をし、それがどのように責任を基礎づけるのだろうか。そのことを概観しておきたい。

ハイデガーは「今、ここに、放り出されたもの (Da-Sein)」つまり「現存在 (Dasein)」という独特の言葉づかいで人間を表現した。ハイデガーによれば、人間は、この生活世界の中に、自らが「放り出された (Geworfenheit) :

被投」ものとして、自らを「放り出す（Entwurf：企投）」という存在態様をもってある。人間は「被投されつつ企投する」存在者だということであるが、そのとき、「放り出された（被投）」ことにおいて、自らが自らを「放り出した（企投）」のでないことに、私たちは気づくだろう。ハイデガーは、この「……でない」こと、つまり「……に非ざる」ことを「非性（die Nichtigkeit）」と呼び、この「非」という性格こそ、人間の存在態様を根本的に規制するものだ<sup>(30)</sup>という。

しかも、ハイデガーによれば、この「非性」こそ、責任を基礎づけるものであった<sup>(31)</sup>。もう少し詳しくみよう。まず、私たちは、被投という存在態様において、非性をもってあつた。そのことはすでに述べた。さらに、人間が「企投する」という存在態様のうちへと被投されているのである以上、「企投」においても、人間は非性をもってある。それでは、非性という存在性格に規定されながら、人間は、自らを一体どこに「放り出そう」としているのだろうか。人間が「現存在」である以上、さしあつて、答えは一つしか考えられない。人間は、将来する未来へと向かつて、自らを放り出す以外にない。つまり未来の「可能性」に向けて自らを企投する。現存在は「そうした可能性として自らを存在させ」ているのである<sup>(32)</sup>。

非性は、被投にも（でも）企投にも（でも）ありうる、人間の「あり方」である。人間は非性をもってある。つまり、現存在のあり方として、ハイデガーは「そうでない」あり方を認めている。当然「他行為可能性」が認められることになる。しかも、ここで、現存在とは「実存」のことを指している。したがって、現存在は可能存在だといふとき、たとえば「私」であつたり「君」であつたり、現実存在する人間が「可能存在」だということを主張しているのである。けつして類概念としての抽象的な人間が想定されているのではない。「一般人」や「通常人」でもない。各各的に存在する具体的な個人として、人間は「可能性」をもって実存している。人間は、「あることができる」も



のとして「ある」ので、そのようなものとして、「まだそれでないもの」だということになるだろう。<sup>(33)</sup>

人間は、個人として、「あることのできるものとしてあるもの (Seiend als Seinkönnen)」である。これは、コッブや机といった事物的存在者が単に「ある」だけなのに対して、人間はある能力とともに実存することを示す。<sup>(34)</sup> ハイデガーによれば、それが「配慮 (die Sorge)」という「あり方」である。配慮は、人間が「世界・内・存在」として、この生活世界の諸存在者とかかわりをもつ「あり方」である。それは、人に対する「あり方」としても、物に対する「あり方」としてもあり、私たちが世界を認識する「あり方」の最基盤にある人間の存在態様である。たとえば、先に、人間が例外なく他者からの補完を受けているということについて、すべての人間は「現存在という現実において、そのことを知っている」と述べた。また、この世界を次世代に手渡していく責任について、「私たちは、自らがその責任を負っていることを知っている」とも記した。このような「知り方」は「配慮」という人間のあり方がはたらいっている一つの形態であり、存在論 (オントロジー) に立脚するほとんどすべての論者はこのような「知り方」を認め、ある者はそれを「存在に即した認識」とし、ある者はそれを「存在に親和した認識」とし、ある者はそれを「本性に適合した認識」とする。その呼称はどうであれ、このような認識がデカルト以来の「主観―客観」図式という近代的二元論にもとづく対象化的認識 (Vor-Stellung) の根底にある。<sup>(35)</sup> 言い換えれば、対象化されることなく、対象を対象として捉えることなしに、ただ人が「この・世に・ある」ことにおいて機能する人間の知的能力 (くりかえすが、これは人間の存在態様の一つである) の上に、近代哲学が想定した対象化的認識 (これもまた人間の存在態様の一つである) がある。<sup>(36)</sup>

もちろん、個別的に存在する個人の認識内容を探りあげてみれば、たとえば「私は誰にもたすけられていない」とか「次世代への責任など考えたこともない」と断言する人がいるだろう。しかし、それは、デカルト的なコギトに分

化された対象化的認識の表明として現象しているのである。人間が無限に多様なあり方をしていくかぎり、コギトにおいて個人の思考は無限に多様であり、「一つ」のところに収斂することはない。収斂はありえないことであり、分化は当然のことである。この当然性に抗い「一つ」への収斂を求めるのは、ただファシストだけが夢想することであろう。他方、千差万別に分化する思考がありながら、相互的なコミュニケーションの中で、それが一定の方向に収斂していくこともまた、私たちが「当然のこと」と感じている日常的経験である。このような経験は、私たちの認識が近代的なコギトの限界を突き破っていることを示すだろう。すべての人間は、このレベルにおいて、自己の行動が自由な決断によることを知っているし、別の行動がありえたことを知っているし、それ故、責任があることを知っているのである。

さて、このような「知り方」があることを前提に、もう一度、「あることのできるものとしてあるもの（*Seiend als Seinkönnen*）」である人間をみなおせば、あらたな責任論の枠組があらわれてくるだろう。「あることのできるものとしてある」ということは、人間が、そのつど可能性を選択してきたし、また選択しつつあることを示している。人間は、「これかあれかの可能性の中にそのつど立っており」、そこから一つの可能性を選択しつつ、自らを企投するのであった。その時、その残余の諸可能性は断念され捨象されており、人間は、その諸可能性ではないものとして、非性をもって、そのつど自らを企投するのである。<sup>(37)</sup>つまり、「あることのできるものとしてあるもの」は、あることのできたものを拒絶し断念したものとして、あることのできたものでないことを引き受けている。私たちが知っている可能性は、非性に規定された私たちそのものとしてある可能性である。私たちが知っている自由も、そのような諸可能性の選択として、非性に規定された私たちそのものとしてある自由である。<sup>(38)</sup>実存の現実がこのようなものであれば、当然、私たちが知っている責任もまた、私たちそのものとしてある責任でしかないことが了解されるだろう。私たち

そのものが責任のある存在者であり、そうであるが故に、私たちは責任というものを知、つ、て、い、る、し、、その上に、責任を責任論として対象化し概念化することができるのである。<sup>(39)</sup>

責任は断念された可能性を引き受けているところにある。人間は、自らが現存在であることにおいて、とりわけ「現」であることにおいて、有無を論じたり是非を言挙げすることもできないほど圧倒的に明白な事実として、自らがどうすることもできない限界性の前にある。しかし、それでも「現」であるかぎり、一つの可能性へと企投していかざるをえない。私たちは、「被投」という存在性格に含まれた圧倒的な限界性に直面しながらも、それでも、さまざまな可能性の中から、一つの可能性を選択して引き受ける。その時、同時に、それによって他の諸可能性を断念し捨象したことをも引き受けるのである。ここには実存的な決断のディナーミックスがある。<sup>(40)</sup>一言でいえば、可能性も自由も責任も、すべては実存において基礎づけられた。人間は、その時その所で、具体的に「どうあるべきか」を決断し、「そうあること」に責任を負うものとして実存しているのである。

ただ、その実存的決断を記述するとき、なぜか、ハイデガーは規範の問題を持ち出さない。ハイデガーにとって、責任は、「責任のある存在 (das Schuldigsein)」のことであり、人間の「あり方」の一つであった。実存から切り離された規範が基準となって、いわばカント的な「法廷」における「義務違反」といった判断から、責任が生じるわけではない。しかし、責任がそうであったように、規範もまた人間の存在態様の一つであるとすれば、当然、規範は実存にとってフレムトなものではなく、責任という実存の「あり方」と密接に関連していることになろう。<sup>(41)</sup>ハイデガーによれば、価値の実現や規範の充足といった問題は、実存の中で、とりわけ「配慮」において考察すべきものであった。<sup>(42)</sup>したがって、そこでは、再び、人間の「世界・内・存在」としての「あり方」が前面にあらわれ、相互に補完しあった共生システムとしての生活世界の中では、現存在はただ「共同現存在」としてのみ「世界・内・存在」してい

るのであり、それ故、人間は現存在において他者を侵害してはならないことを「配慮」において知っている。そうであれば、「人を侵害するなかれ」という規範は、実存の「共存存在」という存在性格の中に取り込まれていることになるだろう。

こうして、事実と規範が一元的に統一された構造の中で、規範的責任論を考察する前提は整った。もちろん、これまでのところ、考察のための形式的な枠組が提示されただけであり、「責任とはなにか」という内容的な面はほとんどふれられていない。ラインハルト・フランクによれば、責任とは非難可能性であったが、それでは、「非難可能性」とは何か。次章以下、そのことを考察しよう。（以下次号）

注

- (1) 規範的責任論が成立する過程の学説史的な事情については、佐伯千仞の名著『刑法に於ける期待可能性の思想』に詳しい。
- (2) フォイエルバッハが法と倫理の峻別を説いたとき、彼の目的は普通法時代の主観主義刑法学に対する根源的な批判であった。そして、特に帰責論 (die Imputationslehre) における主観主義的枠組が当時の心情倫理学 (die Gesinnungsethik) の論理であったことを考えれば、法と倫理の峻別を強調したフォイエルバッハの犯罪論の方向は正しい。法的判断は、心情に向けられた定言的命令にかかわる前に、まず第一に外的行為に着目するからである。しかも、私の考えでは、倫理的判断に対しても、同じことがあてはまるのである。ともあれ、フォイエルバッハのある意味での難解さとする意味での単純さは、彼がカントに依拠しつつも、実践理性の問題を刑事責任論に取り込まなかったところにあり、それが自由の問題に集約されている。Vgl. Anselm von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 2, 1800, S.75ff. なお、この問題におけるフォイエルバッハとカント哲学との関係については、Vgl. Heinz Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970, S.47ff.

- (3) Eberhard Schmidt, in: Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25 Aufl., S.214.
- (4) Reinhart Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S.11.
- (5) 日本語で「責任」と表記するとき、ドイツ語では、多くの言葉を使い分ける。たとえば、Verantwortungの類語、Schuldの類語、Haftungの類語などである。私には、ドイツ語における「責任」の用語法上の正確な使い分けはできないが、団藤重光は、広義の刑事責任と犯罪成立要件の一つとしての責任を区別し、前者にVerantwortlichkeitを、後者にSchuldといふドイツ語をあてている(団藤『刑法綱要総論(増補版)』一八三頁)。たしかに、広く社会倫理的な規範との脈絡では、関係概念であるVerantwortungの類語が使用されることが多い。しかし、後述するとおり、たとえばマルチン・ハイデガーでは、その意味での「責任」をも含ませて、Schuldの語をあてる。なお、SchuldやPflichtに対して、Verantwortungの概念が成立したのは比較的あたらしく、一九世紀の倫理学においてであった。したがって、この概念は約半世紀おくれで法学に導入されたことになる。Vgl. Kurt Beyertz, Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: Ders.(Herg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem?, 1995, S.24ff.
- (6) Wilhelm Windelband, Über Willensfreiheit, 3Aufl., 1918, S.195. 規範と責任との関連性は、倫理学では当然のことだと考えられていたのであって、ヴィンデルバンドの創見ではない。なお、本稿では一九一八年の第三版を参照したが、本書の初版は一九〇四年であり、フランクの論文に先立つ。また、三版の序文によれば、実質的な内容は変わっていないのである。
- (7) Windelband, *ibid.*, S.190.
- (8) Windelband, *ibid.*, SS.158ff., 163ff., 180f.
- (9) Windelband, *ibid.*, SS.192-95.
- (10) ただし、いかにも新カント主義の代表者らしく、カントの「叡智的なるもの」から形而上学的な色彩を積極的に取り除こうとした点において(Ibid., SS.158-81, insbes., 161ff., 166ff., 170f., 180f.)、あきらかにカントとは異なり、また、ハイデガーらの存在論によって拓かれた二〇世紀のカント研究の主潮流とも異なる。
- (11) Windelband, *ibid.*, SS.187-90.
- (12) ドイツ西南学派からの影響については、自らリッケルトやラスクの影響の下にあることを明言して著されたエリック・ヴォ

- ルフ『刑事責任論』を参照されたい（Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1927, S. 73ff.）。本稿ではふれないが、ベーリングの構成要件論もまた、新カント主義的な二元論の刑法学への反映である。宗岡嗣郎「構成要件ノート」久留米大学法学三〇号一二五頁以下参照。
- (13) メツガーの規範論でも、責任にかかわる規範のはたらきは「意思決定規範」であり、そこでは、規範は正真正銘の「命令規範」として理解されている。
- (14) James Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, 1913, S. 12f. 意思決定を義務づけるゴルトシュミットの義務規範論については、佐伯『前掲書』四四頁以下。また、その思想的な位置づけについては、ヴォルフが詳しくふれている（Vgl. Wolf, *ibid.*, S. 62ff.）。
- (15) Eberhard Schmidt, in: Liszt-Schmidt, *ibid.*, Vorwort, S. VI. 木村亀二はいう。「社会的責任論は道義的責任論のいう意味においては道義的ではないが、社会生活の規範という社会的道義を基礎とするものであり、社会倫理的責任論にはかならない」（木村『全訂新刑法読本』一二二頁以下）、と。なお、シュミットの責任論についても、佐伯『前掲書』九五頁以下に詳しい。
- (16) マックス・ウェーバー『職業としての政治』（脇圭平訳・岩波クラシックス版）八九頁以下参照。なお、ヴォルフガング・シュルプター『価値自由と責任倫理：マックス・ウェーバーにおける学問と政治』（住谷一彦、樋口辰雄訳）参照。
- (17) Vgl. Thomas Möller, *Ethisch relevante Äußerungen von Max Weber zu den von ihm geprägten Begriffen der Gesinnungs- und Verantwortungsethik*, 1983, SS. 3-17. なお、メラーは、ウェーバーの「心情倫理」批判の中に、正当にもその絶対的性格への批判があることを指摘している。後述するハンス・ヨナスは、それを効果と費用の計算を捨象した、ある種のファナティズムにたとえたのであるが、心情倫理のカント的絶対性の強調には警戒が必要である。ウェーバーの責任倫理は、心情倫理的な倫理的主観主義の危険性の上に提示されたこと、いわば「世界の脱魔術化」の志向とともにあったということを考えれば、けっして二者択一をせまるものではなく、相対的な枠組の提示であった（Möller, *ibid.*, SS. 20ff., 51ff.）。もともと、倫理的主観主義がキリスト教に由来するヨーロッパの伝統であることは疑いないが（Bayertz, *ibid.*, S. 17ff.）キリスト教倫理学が心情倫理学に直結しているわけではない。

- (18) ハンス・ヨナス『責任という原理―科学技術文明のための倫理学の試み』（加藤尚武監訳・二〇〇〇年）一六〇頁。
- (19) ヨナス『前掲書』の第三章および第四章を参照。そこではヨナスがハイデガーの基礎存在論から強い影響を受けていることがあきらかである。もともと、規範（価値）論の局面では、引用されているわけではないが、ニコライ・ハルトマンの存在論からかなりの影響を受けているように思われ、ハイデガーと比べれば、はるかに折衷的な色彩が強い（とりわけ『前掲書』一四一頁以下参照）。
- (20) 宗岡『リーガルマインドの本質と機能』一九三頁以下参照。
- (21) ヨナス『前掲書』七〇頁。ヨナスは続ける。この親の行動こそ「責任ある行為の原型」であり、「幸いにも、この原型は、理からの演繹を必要としない。」（傍点引用者）のである、と。
- (22) ヨナス『前掲書』一八四頁以下。
- (23) この目的論的構造から、ヴォルフガング・ヴィーラントはヨナスの結果主義的な責任論を「責任倫理」の一種と捉えた上で、責任倫理は功利主義の一つの変種だという。Wolfgang Wieland, Verantwortung-Prinzip der Ethik?, 1999, SS. 9, 85-88. そして、本文で示したような目的のために、自らの行為の結果をあれこれと配慮しながら行動することは、単なる「賢慮」の法則を示しているだけであって、「倫理」を示したことにはならないと批判する。賢慮は、目的がすでに提示されていることを前提に、その目的をもっとうまく実現する方法の模索に役立つだけであって、最終目的を提示することはできないからである。したがって、せいぜい、責任は「副次的な倫理 (die Ethik der zweiten Linie)」であるにすぎないという (Wieland, *ibid.*, SS. 96-99.)。
- (24) 本稿では、ヴィンデルバンドに即して、批判的な考察を試みた。しかし、わが国の法学界に完全に根をおろしている二元論は、ヴィンデルバンドに代表される新カント主義哲学の影響もさることながら、モーリツ・シュリツクに依拠した平野龍一の刑事責任論やバートランド・ラッセルの影響を受けた碧海純一の法哲学にみられるように、論理実証主義からの影響も強い。しかし、今の私には、論理実証主義を本格的に採りあげて批判する力はない。将来の課題としたい。
- (25) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』二七七頁。
- (26) 現在では、一般に、意思の自由と行動の自由を区別し、意思自由の問題にふれることなく、他行為可能性が認められている。たとえば、山口厚『刑法総論』一六五頁など。ただし、両者がどう区別されるのかについて、多くの場合、詳述はない。

- (27) しかし、とくに次章以下の論述から、私が意思自由を肯定していることは自ずからあきらかになるだろう。したがって、文脈上の制約はあるけれども、できるだけ、意思自由論を肯定する理由、意思決定論を否定する理由についてふれることにしたい。
- (28) もちろん、梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（二二九頁以下）を除いてのことである。
- (29) 以下の引用は、マルチン・ハイデガー『存在と時間』（原佑訳・世界の名著版）によって頁数を示すが、原書および他の訳書も参照しているので、訳語は原訳と必ずしも同一ではなす。Vgl. Dieter Misgeld, Schuld und Moralität—Gewissen, Schuld und Ganzsein des Daseins nach Heideggers "Sein und Zeit" im Verhaeltnis zu Kants Grundlegung der Ethik, 1966.
- (30) マイケル・ゲルヴェン『ハイデッガー「存在と時間」註解』（長谷川西涯訳・ちくま学芸文庫版）三四六頁以下。
- (31) Vgl. Misgeld, *ibid.*, S.131ff.
- (32) ハイデガー『前掲書』二六六頁以下。Vgl. Misgeld, *ibid.*, S.70ff.
- (33) ハイデガー『前掲書』二六七頁。
- (34) ハイデガーによれば、それは世界を理解する能力である。しかも、「了解」は人間の「あり方」そのものであり、この点に、人間と事物の存在態様の相違がある。ハイデガーの了解とその法哲学的な意義については、宗岡『前掲書』二七三頁以下参照。
- (35) たとえば、ジャック・マリタン『人間と国家』（久保正幡・稲垣良典訳）一二八頁などを参照。日本の法学者の文献では、故水波朗の諸著作・諸論稿を参照されたい。
- (36) このような認識能力は、ただ実存することにおいてありうるので、新生児にも意識不明の重病者にも、歴然としてある。彼らもまた世界を了解して実存しているのである。これに対して、たとえばピーター・シンガーらを代表者とする応用倫理学者の一部では、デカルト的なコギトのみを絶対視して、彼らに認識能力を認めない。しかも、そのことから、彼らが権利の主体であることを否定するのである。完全に誤った見解だといわなければならない。
- (37) ハイデガー『前掲書』四五六—六〇頁。
- (38) 意思自由の「自由」もまたそうである。



- (39) 周知のとおり、この論理はハイデガーのヘルメノイティクに支えられた循環構造をもっている。これについてはふれる余裕はない。宗岡『前掲書』三〇四頁以下を参照されたい。
- (40) もちろん、このデイナーミックには、常に頹落が伴っている。Vgl. Misgeld, *ibid.*, S. 74ff.
- (41) ハイデガー『前掲書』四五九―六五頁参照。Vgl. Misgeld, *ibid.*, SS. 67f., 133ff., 150f.
- (42) ハイデガー『前掲書』四七〇頁。